

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut

– Sektion Rechtswissenschaft –

Nr. 319

herausgegeben von

Professor Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg RESS und Professor Dr. Torsten STEIN

Professor Dr. Carl-Eugen Eberle

Justitiar des Zweiten Deutschen Fernsehens, Mainz

Aufbruch in digitale Fernsehzeitalter

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 14. November 1994

1994 © Europa-Institut
Universität des Saarlandes
Nicht im Buchhandel erhältlich
Abgabe gegen eine Schutzgebühr
von 10,- DM

Aufbruch ins digitale Fernsehzeitalter

Seit jeher war der technische Fortschritt Motor der Fortentwicklung von Hörfunk und Fernsehen und damit zugleich auch des Rundfunk- und Medienrechts. Dies gilt in besonderem Maße für die sich abzeichnende Digitalisierung des Fernsehens, von der eine revolutionäre Umwälzung der Medienlandschaft erwartet wird¹. Von der Vielzahl der damit verbundenen Fragen können hier nur einige wenige behandelt werden. Eingangs sollen die zu erwartenden Erscheinungsformen digitalen Fernsehens in ihrer Vielfalt skizziert werden. Hieran anschließend werden einige neue Fragen zur Meinungsvielfalt im digitalen Fernsehzeitalter gestellt und gesetzgeberischer Handlungsbedarf aufgezeigt. Schließlich gilt es, die Position des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in dem sich abzeichnenden Szenario neu zu bestimmen.

1. Erscheinungsformen des Fernsehens im Digitalzeitalter

Das Szenario der elektronischen Medien wird geprägt durch eine mit der Digitalisierung verbundene außerordentliche Ausweitung der Übertragungskapazitäten (a) und durch eine erhebliche Ausdifferenzierung des Angebots an Teledienstleistungen (b).

a) Ausweitung der Übertragungskapazitäten: Information Superhighway

Fernsehbilder werden künftig nicht mehr nur analog, sondern in der Form digitaler Signale übertragen. Technische Möglichkeiten erlauben es gleichzeitig, die für die Übertragung benötigten Daten zu komprimieren und damit die knappen Übertragungskapazitäten um ein vielfaches besser zu nutzen. Dadurch können über einen Satellitentransponder bzw. über einen Kabelkanal nicht mehr nur, wie bisher, ein

¹ Zu den Erscheinungsformen und Entwicklungen vgl. Das ZDF vor den Herausforderungen des digitalen Fernsehens (ZDF-Schriftenreihe Heft 46), Mainz 1994. Frühe Hinweise auf die mit diesen Entwicklungen verbundenen Fragen gab bereits *Bullinger*, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, Baden-Baden 1980, S. 23 ff. Zur jüngsten Entwicklung vgl. jetzt *Europäische Kommission*, Strategische Optionen für die Stärkung der Programmindustrie im Rahmen der audiovisuellen Politik der Europäischen Union (Grünbuch), Brüssel 1994, S. 6 ff.; *Schraps*, Wirtschaftliche Chancen des Digitalen Fernsehens, epd Nr. 98/1994.

Fernsehprogramm verbreitet werden, sondern - je nach Qualitätsstandard - bis zu 8 Fernsehprogramme. Der Satellitenbetreiber SES ASTRA als Marktführer bietet bereits ab Mitte 1995 einen ersten Satelliten für die digitale Übertragung von Fernsehbildern an, ein weiterer soll alsbald folgen. Für beide Satelliten liegen bereits feste Buchungen eines Programmveranstalters vor, der neue Dienste für verschiedene europäische Sprachräume, auch für den deutschen, anbieten wird. Die TELEKOM wird parallel dazu entsprechende zusätzliche digitale Übertragungskapazitäten in ihren Kabelnetzen vorhalten. Das bedeutet, daß innerhalb weniger Jahre Platz für die Satelliten- und Kabelübertragung von bis zu 400 zusätzlichen Fernsehprogrammen verfügbar sein wird.

Diese hinsichtlich Schnelligkeit und Kapazität gelegentlich auch als *Information Superhighway* apostrophierte Entwicklung gilt allerdings nur für Kabel und Satellit. Für die terrestrische Verbreitung von Fernsehprogrammen wird dagegen keine entsprechende Kapazitätsvermehrung prognostiziert, so daß die Frequenzknappheit insoweit bestehen bleibt und damit zugleich auch die mit ihr zusammenhängende Gestaltung der Medienordnung. Diese zu erwartende Zweiteilung der Medienordnung wird auch die Gesetzgebung zu berücksichtigen haben².

Die prognostizierte Kapazitätsausweitung bei Kabel und Satellit führt aber nicht notwendig zu einer ihr entsprechenden tatsächlichen Ausweitung des Programmangebots. Hierauf wird zurückzukommen sein, zunächst aber ist ein Blick auf das zukünftige Dienstangebot zu werfen.

b) Vom elektronischen Kiosk zum medialen Gesamtangebot

Vermehrte und preisgünstigere Übertragungsmöglichkeiten begünstigen neue Medienangebote. Zu den bislang dominierenden Fernsehvollprogrammen treten vermehrt Fernsehspartenprogramme. Vor allem aber ist mit einer erheblichen

² Vgl. zu dieser Problematik Eberle, Öffentlich-rechtliches Fernsehen im digitalen Zeitalter, in: Becker/Lerche/Mestmäcker (Hrsg.), *Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht*, Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag, Baden Baden 1994, S. 167, 168 f.

Zunahme entgeltlicher Fernsehprogramme zu rechnen³:

- *Pay per Channel* (herkömmlich: *Pay TV* oder Abonnementfernsehen), bei dem der Nutzer ein periodisches (i.d.R. monatliches) Entgelt zahlt;
- *Pay per View*, bei dem der Zuschauer für einzelne Sendungen bezahlt;
- *Near Video on Demand*, bei dem der Zuschauer, wie beim *Pay per View*, für einzelne Sendungen bezahlt, diese aber nicht nur innerhalb der Programmabfolge einmal, sondern in turnusmäßigem Abstand wiederholt ausgestrahlt werden. Dadurch wird dem Zuschauer eine quasi-permanente Abrufmöglichkeit suggeriert, während es sich in Wirklichkeit nur um einen Zugriffsdienst handelt;
- *Video on Demand*, bei dem der Zuschauer aus einem Programmkatalog eine bestimmte Sendung zu einer von ihm individuell bestimmten Zeit abrufen und diese einzeln bezahlt.

Neben diesen Fernsehprogrammdiensten werden wohl fernsehmäßige Datendienste (*Data Broadcast*) stark zunehmen. Darunter ist die Übertragung von Daten zusammen mit dem Fernsehsignal zu verstehen, wie wir das heute schon in der Form des Videotextes (Fernsehtextes) kennen. Vorstellbar sind Nutzungen z.B. in der Form von

- Programmübersichten (*TV Guide*), welche die Vielzahl der Programme und Dienste thematisch aufbereiten, ggf. durch Inhaltsangaben oder kurze Sendungsausschnitte anreichern und dem Zuschauer einen selektiven Zugriff auf das Programmangebot ermöglichen,
- *Zusatzinformationen* zu Sendungen, mit denen zusätzlicher Informationsbedarf der Zuschauer abgedeckt wird,
- *Spezielle Datendienste*, die spezifische Informationsbedarfe - unabhängig vom Programmangebot - befriedigen und über die z.B. Finanz-, Börsen-, Wetter-

³ Zur Beschreibung der Teledienstleistungen und deren medienrechtlicher Einordnung vgl. Eberle, ZUM 1994, S. 530.

oder Verkehrsdaten, aber auch z.B. Software für die Datenverarbeitung abgerufen werden können,

Interaktive Dienste, über die interaktive Programmangebote, die eine Mitwirkung des Zuschauers erlauben, unterstützt oder Telespiele bedient werden können.

Die Beispiele verdeutlichen, daß tradierte Erscheinungsformen elektronischer Mediendienstleistungen wie Fernsehen, Telekommunikation und Datenverarbeitung nicht mehr unverbunden nebeneinanderstehen, sondern zusammenwachsen und ineinander übergehen. Diese Entwicklung wird gelegentlich mit dem Begriff *Multi-media* gekennzeichnet. Schon an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, daß diese Verbindung im Tatsächlichen nicht zugleich zu einer Verschmelzung im Rechtlichen führt. Vielmehr führt das Zusammenwachsen unterschiedlicher Dienste häufig zu einem Konflikt zwischen den unterschiedlichen Anforderungen, die sich aus den diese Dienste regulierenden Rechtsregimes ergeben.

2. Meinungsvielfalt im digitalen Fernsehzeitalter

Für das digitale Fernsehzeitalter wird z.T. vorausgesagt, daß mit ihm eine Lösung der dem Rundfunk inhärenten Problematik der Sicherung der Meinungsvielfalt einhergehe. Wegfall der Frequenzknappheit und Vermehrung des Programmangebots führten zu einer Programm- und Meinungsvielfalt, die - so die Meinung mancher - tradierte Mechanismen der Vielfaltsicherung entbehrlich machten. Gegenüber einer solchen, die Entwicklung verharmlosenden Einschätzung erscheint Skepsis angebracht. Erkennbar, wenngleich bislang noch nicht behandelt, sind auf dem Weg zum digitalen Fernsehen auch gegenläufige Tendenzen angelegt, die neue Gefahren für die Meinungsvielfalt in sich bergen (a). Davon abgesehen bedürfen neue Überlegungen zur Begrenzung der Medienkonzentration sorgfältiger Prüfung (b).

a) Programm- und Meinungsvielfalt angesichts neuer Zugangsbarrieren

Eine realistische Einschätzung der digitalen Fernsehlandschaft darf sich nicht darauf beschränken, die skizzierten Teledienste als singuläre Erscheinungsformen zu begreifen. Vielmehr gilt es, das mediale Gesamtangebot in den Blick zu nehmen

und zu fragen, wie es dem Zuschauer/Nutzer tatsächlich präsentiert wird.

Schon fast zum Allgemeingut gehört heute die These, daß uns die digitale Medienzukunft ein *vielfach vermehrtes Programmangebot* und, damit verbunden, eine größere Meinungsvielfalt bescheren wird. Sie geht davon aus, daß die mit der Digitalisierung verbundene Ausweitung der Übertragungskapazitäten die Programm- und Diensteanbieter auch zu neuen und vermehrten Angeboten veranlassen wird. Bei dieser Betrachtung blieb bislang jedoch eine zentrale Frage außer Betracht: *Wie und unter welchen technischen und ökonomischen Bedingungen kann der Zuschauer auf die vermuteten neuen Angebote zugreifen?* Betrachtet man diese *Realisierungsbedingungen des digitalen Fernsehens*, so stellen sich nicht nur Zweifel an der These von der Vielfaltsvermehrung ein. Vielmehr ist sogar zu befürchten, daß eine Einschränkung der Vielfalt droht. Dies soll anhand dreier Selektionsmechanismen belegt werden, die das künftige digitale Programmangebot durchlaufen wird: die *Paketbildung (Packaging)* bei den Angeboten der Kabelnetzbetreiber (1), die Handhabung von *Zugriff und Abrechnung (conditional access)* bei entgeltlichen Telediensten (2) sowie die Präsentation des medialen Gesamtangebots auf dem Bildschirm über einen *Servicekanal oder Programmführer (TV Guide)* (3).

(1) Packaging

Die *Paketbildung (Packaging)* besteht darin, daß Kabelnetzbetreiber für Kabelnetzanschlüsse unterschiedliche Programmpakete anbieten: Neben einem Grundpaket, das einen Mindestkatalog von Programmen umfaßt und das zu einem Basispreis bezogen werden kann, werden umfassendere Programmpakete, die dann zusätzliche Programme beinhalten, offeriert, allerdings zu einem höheren Preis. Während Gesetzgeber, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und Landesmedienanstalten bislang davon ausgehen durften, daß die nach ihren Maßstäben zugelassenen und verbreiteten Programme den Zuschauer als Angebot auch tatsächlich erreichen, gilt dies beim Packaging nur noch sehr bedingt. Gestaltungsfaktoren der konkreten Rundfunkordnung sind hier in erster Linie der Angebotszuschnitt des Kabelnetzbetreibers sowie Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft der Zuschauer.

Daß das Problem des Packaging bislang noch nicht virulent geworden ist, hängt

wohl damit zusammen, daß sich die Telekom als derzeit noch maßgeblicher Netzbetreiber aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Rückbindung an den Grundsatz der dienenden Funktion des Fernmeldewesens gegenüber dem Rundfunk⁴ gebunden fühlt und in der Praxis die Kanalbelegungsvorgaben der Landesmedienanstalten umsetzt. Privaten Kabelnetzbetreibern gegenüber muß dieser Grundsatz aber zunächst erst einmal rechtsverbindlich gemacht werden. Darüber hinaus dürften beim Packaging auch gewisse Rahmenvorgaben einzuhalten sein (*must-carry-Regeln*), sollen die Vorrangsregeln für die Vergabe knapper Kanalkapazitäten nicht ad absurdum geführt werden. Schließlich gilt es, Fragen der Aufsicht und Kontrolle zu lösen. Auf allen diesen Feldern besteht wohl Handlungsbedarf des Rundfunkgesetzgebers.

(2) Conditional Access

Gefahren für die Programm- und Meinungsvielfalt drohen auch von Lösungen, die für die *Handhabung und Abrechnung entgeltlicher Teledienste* vorgeschlagen werden. Hier geht es darum, daß nur der Zugangsberechtigte in den Genuß der Nutzung dieser Dienste kommen darf (*Conditional Access*). Dieses Handling soll - darüber ist man sich weitgehend einig - über nur einen Dekoder erfolgen, der vor das Fernsehempfangsgerät des Zuschauers installiert wird. Aufgabe dieses Dekoders ist es, über das Kabel verschlüsselt angelieferte Programme nach Maßgabe einer beim Empfänger vorliegenden Empfangsberechtigung zu entschlüsseln. Er soll außerdem den Zugang zu entgeltlichen Einzelsendungen beim *Pay per View* und den entgeltlichen Abruf von Filmen beim *Video on Demand* steuern.

Daß alle diese technisch-administrativen Dienstleistungen nur über einen einzigen Dekoder abgewickelt werden, hat insbesondere zwei Vorteile. Zum einen wird dem Zuschauer der befürchtete Dekoderstapel im Wohnzimmer erspart. Zum zweiten und vor allem verschafft die vielfache Nutzung einer gleichen Dekodereinrichtung durch mehrere Programmanbieter auch solchen Anbietern Zugang zum Markt, die sich sonst die mit dem Dekoder verbundenen erheblichen Investitionen nicht leisten

⁴ Zur dienenden Funktion des Fernmeldewesens gegenüber dem Rundfunk vgl. BVerfGE 12, S. 205, 227; 46, S. 120, 139, 143 f.; Bullinger, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, Baden-Baden 1980, S. 87; Scherer, Frequenzverwaltung zwischen Bund und Ländern, Frankfurt/M. 1987, S. 45; Eberle, Rundfunkübertragung, Berlin 1987, S. 21 ff.

könnten. Sie begünstigt also eine durchaus erwünschte Marktöffnung und Angebotsvielfalt.

Nachteil dieser Lösung ist allerdings, daß dieser eine Dekoder zugleich das Nadelöhr darstellt, durch welches das gesamte digitale Programmangebot hindurch muß - das gesamte Angebot deshalb, weil nämlich (mindestens in der Anfangsphase, in der digitale Empfangsgeräte noch fehlen) der Dekoder die wichtige Aufgabe hat, auch unverschlüsselte, aber digital ausgestrahlte Programme in analoge Signale umzusetzen, damit sie mit den derzeit gebräuchlichen Endgeräten empfangen werden können.

Daß eine solche Lösung insbesondere für den sich entfaltenden *Markt für entgeltliche digitale Teledienstleistungen*, in erster Linie also den Pay TV-Markt, große Gefahren in sich birgt, ist offensichtlich, setzt doch der Zutritt zu diesem Markt einen Vertragsabschluß jedes Diensteanbieters mit dem Dekoderbetreiber voraus. Von dessen Bereitschaft, einen Vertrag abzuschließen und von den Bedingungen, unter denen er hierzu bereit ist, hängt es letztlich ab, ob die Diensteanbieter eine faire Chance bekommen, sich am Pay TV-Markt zu beteiligen. Nur wenn alle Diensteanbieter die Möglichkeit erhalten, zu diskriminierungsfreien Bedingungen zu einem solchen Vertragsabschluß zu kommen, ist eine solche Alleinstellung des Dekoderbetreibers hinnehmbar. Eine verbindliche Verhaltensregelung in der Form eines *code of conduct*, in dem sich jeder Dekoderanbieter verpflichtet, diskriminierungsfreien Zugang zu gewähren, mag hier weiterhelfen.

Auch der Zutritt zum *Markt für technisch-administrative Dienstleistungen* für die Abwicklung und Abrechnung von entgeltlichen Teledienstleistungen scheint erschwert, wenn der Dekoderbetreiber als erster solche Dienste anbietet. Aber auch hier bietet sich in der Form eines *common interface* eine Lösung an, die auch anderen potentiellen Marktteilnehmern den Marktzutritt erlaubt. Sie besteht darin, daß der Dekoder die technischen Voraussetzungen für einen Verschlüsselungsalgorithmus bereithält, der von unterschiedlichen Anbietern mit jeweils verschiedenen, über *Smartcards* zu bedienenden Verschlüsselungssystemen genutzt werden kann.

Alle diese Fragen sind unter *kartellrechtlichen Aspekten* am Fall der Media Service GmbH (MSG) von der *Europäischen Kommission* in Brüssel geprüft worden. Die MSG, an der zu je einem Drittel die Telekom, Bertelsmann und die Kirch-Gruppe

beteiligt waren, wollte eben jenen Dekoder betreiben und Pay TV-Dienste abwickeln und abrechnen, ohne sie selbst zu veranstalten. Mit ihrer Entscheidung vom 9.11.1994 hat die Kommission den Zusammenschluß für unvereinbar mit dem Europäischen Markt erklärt und damit die bereits im Laufe des Verfahrens von der *Merger Task Force* erhobenen Bedenken bestätigt.

Fraglich ist, ob über das kartellrechtliche Verfahren hinaus auch *mediengesetzlicher* Handlungsbedarf besteht. Der kompetenzrechtliche Handlungsrahmen für die Rundfunkgesetzgebung scheint mindestens insoweit gegeben, als es um die Vielfaltssicherung auf dem Markt entgeltlicher Programmangebote geht. Die Untersuchung durch die Kommission wird möglicherweise dazu führen, daß die Geschäftstätigkeit der MSG nun vielleicht von einer bereits bestehenden und auf diesem Gebiet tätigen Gesellschaft fortgeführt wird, in der sich - wie z.B. bei Premiere - ein Großteil der Altgesellschafter (mit Ausnahme der TELEKOM) wiederfinden. Ob hiergegen kartellrechtliche Bedenken ins Feld geführt werden können, erscheint dann, wenn die Gesellschaft schon kartellrechtlich geprüft und auf dem geprüften Geschäftsfeld tätig geworden ist, fraglich, obwohl wesentliche, im MSG-Verfahren geäußerten Bedenken *mutatis mutandis* auch gegenüber dieser Gesellschaft erhoben werden könnten. Angesichts dieser Sachlage muß rundfunkgesetzgeberischer Handlungsbedarf zur Vielfaltssicherung in diesem Schlüsselbereich eiligst geprüft werden.

(3) Präsentation des medialen Gesamtangebots

Besondere Gefahr droht der Programm- und Meinungsvielfalt sodann von fortentwickelten *Präsentationsformen* der Programme. Angesprochen sind damit spezielle Benutzeroberflächen, bei denen der Zuschauer nicht mehr, wie bislang üblich, direkt auf ein Programm zugreift. Vielmehr steuert er die Programme über einen Servicekanal oder über einen Programmführer (TV Guide) an. Diese offerieren dem Zuschauer eine aktualisierte Programmauswahl über unterschiedliche Auswahlkriterien (z.B. Information, Sport, Unterhaltung, Dokumentation u.v.a.m.), geben Empfehlungen für bestimmte herausgehobene Sendungen und verweisen ggf. auf sendungsbegleitende Informationen oder Merchandisingprodukte.

Diese einheitliche Benutzeroberfläche eines Programmführers wirkt in zwei Richtungen: Einerseits vereint sie die vom TV Guide erfaßten Programme und Dienst-

leistungen zu einem *medialen Gesamtangebot*. Die Individualität und Spezialität des Ablaufs der einzelnen Programme tritt dabei in den Hintergrund. Stattdessen gruppiert der TV Guide Einzelsendungen zu thematisch strukturierten Angebotsblöcken zusammen. Der Zuschauer bleibt dann tendenziell innerhalb des *Programmbouquets*, das unter einem TV Guide zusammen angeboten wird. Möglicherweise wird der Zuschauer dann auch noch beim Zappen innerhalb des einmal gewählten Themenblocks gehalten werden. Bei diesem Selektionsmuster sind dann nicht mehr die Gestaltungs- und Überzeugungskraft des jeweiligen Programmschemas, sondern die Handhabbarkeit der Auswahlkriterien des TV Guide Faktoren, die maßgeblich zur Zuschauerakzeptanz eines Programms beitragen.

Zum anderen legt sich ein TV Guide wie ein Filter vor die Programme. Der Zugriff zu ihnen erfolgt nicht mehr unmittelbar, sondern vermittelt über die Auswahlkriterien, die der TV Guide vorgibt. Vor allem aber müssen alle die Programme mit Akzeptanzverlust rechnen, die nicht unter der Oberfläche eines TV Guide angesprochen werden können.

Alle diese Überlegungen lassen auch im TV Guide einen Engpaß erkennen, über den die Marktchancen eines Programms beeinflußt und damit die Programm- und Meinungsvielfalt gefährdet werden können: Orientierung in der schönen neuen digitalen Welt wird hier mit der Gefahr einer dem Programm vorgelagerten Manipulation und Beeinflussung erkaufte. Angesichts dessen gewinnen alle im Zusammenhang mit Programmführern stehenden Fragen besondere Bedeutung: Wird es einen einheitlichen oder mehrere verschiedene Programmführer geben? Von wem werden sie konzipiert und angeboten? Gibt es einen Anspruch für Programmveranstalter, mit ihrem Programm in einen Programmführer aufgenommen zu werden? Gilt dies besonders für die öffentlich-rechtlichen Programme mit ihrem Auftrag, für alle Zuschauer auch tatsächlich empfangbar zu sein? Die Antworten auf diese Fragen lassen möglicherweise weiteren mediengesetzlichen Handlungsbedarf erkennen.

b) Sicherung der Meinungsvielfalt gegenüber Medienkonzentration

Als Instrument zur Begrenzung der Medienkonzentration scheinen das *Mediennutzungs-* oder das *Marktanteilsmodell* gute Realisierungschancen zu besitzen. Nach diesen Modellen darf ein einzelnes Medienunternehmen zugleich zwar meh-

rere Programme anbieten, insgesamt aber einen bestimmten Marktanteil - hier werden zwischen 20 und 35 % genannt - nicht überschreiten. Die Überschreitung dieses Schwellenwertes soll Entflechtungsmaßnahmen auslösen.

Die Modelle tragen den ökonomischen Realisierungsbedingungen des Digitalzeitalters Rechnung, geht es doch darum, Programmressourcen einer Mehrfachauswertung in verschiedenen Diensten zuzuführen, die Attraktivität herkömmlicher Programme durch additive Dienste zu erhöhen und die Vermarktungschancen durch die Bildung von Programmbouquets unter einem gemeinsamen *Label* zu fördern. In der Praxis werfen die Modelle sicher einzelne Schwierigkeiten auf, die aber lösbar erscheinen:

- Wie soll die Mediennutzung gemessen werden? Hier bietet sich Messung der Zuschauerdaten durch die GfK an. Dabei wird allerdings darauf zu achten sein, daß das Untersuchungspanel wirklich repräsentativ ist.
- Genügt ein nur sporadisches und geringfügiges Überschreiten des Schwellenwertes oder bedarf es einer konstanten und deutlichen Überschreitung? Wählt man hier die zeitlichen Bezugsgrößen zu großzügig, dann könnte der Zweck der Regelung verfehlt werden. Sollen beispielsweise Entflechtungsmaßnahmen greifen, wenn der Schwellenwert über zwei aufeinanderfolgende Jahre deutlich überschritten wird, so birgt dies die Gefahr, daß eine zu vermeidende Medienkonzentration über einen nicht mehr vertretbaren Zeitraum hingenommen wird.
- Gilt die Konzentrationsbeschränkung auch gegenüber nur internem Wachstum? Diese Frage wird gelegentlich mit dem Hinweis verneint, daß sonst der Erfolgreiche bestraft würde. Dieses Argument erscheint jedoch gegenüber dem verfassungsrechtlichen Vielfaltsgebot nicht schlüssig.
- Wie sollen die Entflechtungsmaßnahmen beschaffen sein? Hier hat der Gesetzgeber einen weiten Spielraum. So kann er etwa für den zeitlich letzten Beteiligungserwerb eine Entflechtung verlangen, er kann aber auch dem Unternehmen selbst die Wahl überlassen, von welcher Beteiligung es sich trennen will.

Jenseits aller dieser Einzelfragen ist aber die Frage von besonderer Bedeutung, *welche* Teledienstleistungen als marktrelevant angesehen werden sollen: Sind das - wie beim Marktanteilsmodell - nur die herkömmlichen TV-Programme oder

gehören hierzu - wie beim Mediennutzungsmodell - auch neue Teledienste wie z.B. Video on Demand, deren Zugehörigkeit zum Rundfunk von einigen bestritten wird? Ziel der Regelung muß es sein, einseitigen, in hohem Maß ungleichgewichtigen Einfluß einzelner privater Veranstalter auf die öffentliche Meinungsbildung auszuschließen. Tritt ein Veranstalter nun mit einem Gesamtangebot auf den Markt, zu dem neben den traditionellen auch neue audiovisuelle Produkte gehören, dann trägt dieses Gesamtangebot auch dazu bei, seine Marktmacht insgesamt zu begründen und seinen Einfluß auf die öffentliche Meinungsbildung zu festigen. Offeriert ein Fernsehunternehmen unter einem einheitlichen Programmführer verschiedene Teledienstleistungen, so stärken die Erfolge aus allen diesen Einzeldiensten zusammen die Akzeptanz und Glaubwürdigkeit des Gesamtangebots und machen eben dieses zum maßgeblichen Faktor für die Frage des Einflusses auf die öffentliche Meinungsbildung. Deshalb muß - wie beim Mediennutzungsmodell - die gesamte Palette der audiovisuellen Teledienstleistungen mit herangezogen werden.

Im übrigen ist es nach wie vor geboten, auch die durch vertikale Verflechtungen begründete Marktmacht zu begrenzen. Das bedeutet, daß - wie bisher schon - Programmzulieferungen in vergleichbarer Weise wie eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung bei der Erfassung des relevanten, dem Unternehmen zuzurechnenden wirtschaftlichen Betätigungsfeldes mitberücksichtigt werden sollten.

Untauglich erscheinen schließlich Vorschläge, die eine Erhöhung des für die Entflechtung relevanten Marktanteils dann für erwägenswert halten, wenn sich ein privater Veranstalter binnenpluralistische Organisationselemente zur *internen Vielfaltssicherung* (Programmbeirat, Redakteursstatute, Sendezeiten für Dritte) zulegt. Solche Strukturen erzielen nur dann die beabsichtigte Wirkung, wenn sie wie beim öffentlichen Rundfunk mit der Intendantenverantwortlichkeit verknüpft sind und über effektive Sanktionsmechanismen verfügen. Dies kann beim privaten Rundfunk schon aus ökonomischen Gründen niemals der Fall sein. Deshalb können solche binnenstrukturellen Vorkehrungen allenfalls Feigenblattfunktion erfüllen. In Wirklichkeit dienen sie dazu, relevante Konzentration zu verschleiern und effiziente Vielfaltskontrolle zu verwässern.

3. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk im digitalen Fernsehzeitalter

Angeichts der prognostizierten Programmvermehrung im digitalen Fernsehzeitalter stellt sich die Frage, ob die derzeit geltende *duale Ordnung des Rundfunks* in ihrem Bestand aufrechtzuerhalten oder ob sie nicht fort- oder gar abzuschreiben ist (a). Dabei ist insbesondere die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu überdenken angesichts gewandelter Wettbewerbsstrukturen auf dem Markt für elektronische Teledienstleistungen (b).

a) Anpassungsbedarf für die duale Rundfunkordnung

Die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Rundfunkordnung lassen sich erst beurteilen, wenn Klarheit darüber besteht, ob die neuen medialen Dienste überhaupt unter den Begriff Rundfunk zu fassen und dementsprechend zu regeln sind. Zum anderen ist zu fragen, ob das Grundmuster der dualen Rundfunkordnung überhaupt noch auf die neue Fernsehlandschaft anwendbar ist.

(1) Neue Teledienste und Rundfunkbegriff

Zweifel daran, ob verschiedene der oben beschriebenen Teledienste überhaupt zum Rundfunk zählen, könnten sich daraus ergeben, daß das den herkömmlichen Rundfunkbegriff prägende Merkmal der *Veranstaltung für die Allgemeinheit* durch Formen zunehmend individualisierter Leistungsbeziehungen in Frage gestellt wird. Andererseits hat das Grundgesetz den Begriff des Rundfunks nicht definiert, sondern ihn für technologische Fortentwicklungen bewußt offengehalten⁵. Maßgeblich ist nicht die Erscheinungsform, sondern die aus Art. 5 GG begründete publizistische Funktion für die Öffentlichkeit. Daraus ergibt sich: Rundfunk ist jeder Dienst, der sich an die Allgemeinheit wendet und der zugleich der öffentlichen und individuellen Meinungs- wie Willensbildung und damit dem demokratischen Prozeß dient. Auf die Angebotsform und auf die Verbreitungstechnik kommt es dabei von vornherein nicht an. Der Rundfunkbegriff ist folglich dynamisch, flexibel und pragmatisch zu verstehen⁶.

⁵ Vgl. BVerfGE 74, S. 297, 350 ff.

⁶ So auch *Groß*, ZRP 1982, S. 235; *Fuhr/Krone*, Film und Recht 1983, S. 513, 517.

Vor diesem Hintergrund läßt sich heute sagen, daß *Pay TV* und *Pay per View*-Dienste zum Rundfunk zu zählen sind, erfüllen sie doch aufgrund ihrer Zugänglichkeit für jedermann und ihrer Organisation als Verteildienst die für die klassische Definition des Rundfunks relevanten Merkmale der "Verbreitung" "für die Allgemeinheit"⁷. Dagegen erscheint zunächst zweifelhaft, ob man auf der Basis bislang geltender und auf das herkömmliche Angebot zugeschnittener Kriterien *Video on Demand* als eine Form des individuellen Abrufs bestimmter Einzelsendungen noch zum Rundfunk rechnen kann. Ob man damit allerdings dem tatsächlichen Erscheinungsbild des Fernsehens, in dessen Funktionsvielfalt sich *Video on Demand* bruchlos einfügt, noch gerecht wird, ist jedoch fraglich. Denn schließlich sind die in der Form des *Video on Demand* angebotenen Sendungen ebenfalls für die Allgemeinheit bestimmt. Der Unterschied zum herkömmlichen Programm besteht lediglich darin, daß diese Sendungen erstens permanent zur Verfügung stehen und zweitens nicht am empfangsbereiten Fernsehgerät, sondern in der Datenverarbeitungsanlage des Anbieters ständig verfügbar gehalten werden. Aus der Sicht des Teilnehmers unterscheidet sich dieses Programmangebot jedoch nicht von dem übrigen, im Verteilwege angebotene Sendematerial. Daß die Übertragung des Programms erst auf seinen Abruf hin initiiert wird, stellt sich für ihn nicht als eine medienspezifisch relevante Besonderheit dar. Die Komplementärfunktion des *Video on Demand*, die das übrige Fernsehangebot ergänzt und komplettiert, legt es deshalb nahe, auch diesen Dienst zum Rundfunk zu zählen⁸. Dies gilt um so mehr, als der Rundfunkbegriff dynamisch angelegt ist und auch bisher schon technische Weiterungen wie etwa den Videotext, die sich als funktionell äquivalent erwiesen haben, in sich aufgenommen hat⁹.

Schwieriger zu beurteilen sind allerdings Formen interaktiven Fernsehens, die in

⁷ Vgl. Eberle, ZUM 1994, S. 531 m.w.N.

⁸ Ebenso BVerfGE 74, S. 297, 350 ff. In dieser Entscheidung hat das Gericht insbesondere die Differenzierung zwischen Verteil- und Abrufdiensten als für den Rundfunkbegriff unbeachtlich angesehen und stattdessen allein die publizistische Funktion des jeweiligen Dienstes als relevantes Kriterium für die Qualifikation als Rundfunk angesehen.

⁹ Hier geht es um den medienrechtlichen Rundfunkbegriff, an den dann insbesondere auch kompetenzrechtliche Folgerungen anknüpfen. Dies schließt nicht aus, daß unter urheberrechtlichen Aspekten die genannten Dienstleistungen nicht mehr unter eine rundfunkmäßige Verwertung fallen, sondern Gegenstand eines gesonderten Verwertungsrechts sind.

ihren einzelnen Ausprägungen derzeit noch nicht deutlich erkennbar sind. Sie sind geprägt durch das Zusammenwachsen von Datenverarbeitung und Telekommunikation einerseits mit dem Fernsehen andererseits. Die hierbei entstehenden Mischformen von Massenkommunikation und Individualkommunikation können sicherlich nicht ohne weiteres dazu führen, daß rundfunktypische Elemente dieser Kommunikationsform aufgrund des Individualbezugs ihre Relevanz für die rechtliche Einordnung verlieren. Deshalb wird man darauf abstellen müssen, welche publizistische Funktion der spezifischen Ausprägung der jeweiligen Erscheinungsform interaktiven Fernsehens ihr Gepräge gibt¹⁰. Je stärker danach die herkömmlich mit dem Rundfunk verbundene Funktion, freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung zu ermöglichen, die verbundenen Teledienstleistungen insgesamt kennzeichnen, um so mehr müssen die für den Rundfunk geltenden Ordnungsgesichtspunkte Beachtung finden. Dabei kann es wohl nicht um eine strikte Übertragung aller für den herkömmlichen Rundfunk geltenden Regelungen gehen. Vielmehr ist eine Adaption geboten, die den rundfunkrechtlich vorgegebenen Regelungszielen ebenso Rechnung trägt wie den Sachgesetzmäßigkeiten des Dienstverbundes.

(2) Integrationsaufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Daß der mit der Digitalisierung einhergehende Wegfall der Frequenzknappheit nicht zugleich die vom Bundesverfassungsgericht so bezeichnete "Sondersituation des Rundfunks" und die mit ihr verbundenen rechtlichen Rahmenbedingungen der dualen Rundfunkordnung obsolet werden läßt, steht seit dem Niedersachsen-Urteil des BVerfG fest¹¹. Stattdessen rückt das Gericht den klassischen Auftrag des Rundfunks in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen, der neben seiner Rolle für die Meinungs- und politische Willensbildung, neben Unterhaltung und über laufende Berichterstattung hinausgehende Informationen eine kulturelle Verantwortung umfaßt. Danach wird es auch in einer durch Programmvermehrung einerseits und Spartenparzellierung andererseits gekennzeichneten Fernsehlandschaft darum gehen müssen, daß der Rundfunk insgesamt seinen essentiellen Beitrag zur öffentlichen Meinungs- und politischen Willensbildung erbringt und seinem kulturellen Auftrag

¹⁰ Gerade BVerfGE 74, S. 297, 350 ff. kann als Beleg für diese auf die publizistische Funktion eines Dienstes abstellende Betrachtungsweise herangezogen werden.

¹¹ BVerfGE 73, S. 118, 154 ff.

gerecht wird¹². Dabei wird insbesondere zu prüfen sein, ob die Parzellierung des Programmangebots in eine Vielzahl von Spartenkanälen bzw. Special-Interest-Programmen dazu führt, daß sich die Bedingungen für diese Aufgabe des Rundfunks in dem Maße verschlechtern, in dem sich das Interesse der Zuschauer von allgemein-relevanten Themen abwendet und auf eine Vielzahl spezieller Themen ausrichtet. Dieses durch die Fernsehlandschaft beförderte Auseinanderdriften der Zuschauerinteressen erschwert die dem Fernsehen zugeordnete Integrationsleistung und die Fähigkeit der Gesellschaft, ihre Mitglieder in die politische Willensbildung einzubinden und damit zugleich die Akzeptanz politischer Entscheidungen zu erhöhen¹³.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände erlangt der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Medium und Faktor öffentlicher Meinungsbildung sowie als stetiger Garant gleichgewichtiger Meinungsvielfalt eine neue und aktualisierte Bedeutung: Er muß sowohl in seinen Vollprogrammen wie auch programmübergreifend durch Teilhabe an den sich herausbildenden neuen Formen der Meinungsbildung seiner Integrationsaufgabe nachkommen¹⁴. Nur so ist zu verhindern, daß bestimmte Informationen über neue Angebotsformen nur noch exklusiv und gegen Entgelt an eine selektive Zuschauerschaft vermittelt werden und es damit zu kommunikativer Chancengleichheit kommt, die mit dem Demokratiegebot schlichtweg unvereinbar wäre. Nicht zuletzt hierin aktualisiert sich auch die Grundversorgungsaufgabe in dem Maße neu, wie die Ausdifferenzierung des Rundfunksystems in entgeltliche Special-Interest-Programme finanzschwächere Teile der Zuschauerschaft von diesem Angebot ausschließt¹⁵.

¹² BVerfGE 73, S. 118, 158.

¹³ Auf diesen Gesichtspunkt hat schon *Bullinger*, NJW 1984, S. 385, 387 hingewiesen; vgl. auch *Grimm*, Verfassungsrechtliche Programmanforderungen und veränderte Konsumgewohnheiten im Fernsehen, in *Haungs/Graß/Maler/Veen* (Hrsg.), Civitas. Widmungen für Bernhard Vogel zum 60. Geburtstag. Paderborn u.a. 1992, S. 685, 689 ff.

¹⁴ In BVerfG NJW1994, S. 1942, 1943 hat das Gericht nicht nur diese Integrationsaufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erneut hervorgehoben, sondern darüber hinaus die Anpassung dieser Funktionserfüllung an die technische Entwicklung und - insofern neu - an das Verhalten der privaten Anbieter, denen gegenüber der öffentlich-rechtliche Rundfunk im dualen System konkurrenzfähig bleiben muß, für geboten erachtet (S. 1944). Dieser Gedanke ist aber auch schon in BVerfGE 74, S. 297, 350 ff, insb. 353 und BVerfGE 83, S. 238, 302 angelegt.

¹⁵ Der Gesichtspunkt des *Informationszugangs*, bislang schon als Element der Grundversorgung in der Form der Erreichbarkeit aller Rundfunkteilnehmer bekannt, ist in BVerfG NJW 1994, S. 1942, 1947 speziell als Bemessungsgrenze für eine angemessene Gebührenhöhe genannt

Nur wenn die so umrissene Integrationsfunktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im digitalen Zeitalter gewahrt bleibt, werden sich zu solcher Grundversorgung Spartenangebote des freien Marktes gesellen können, die ausschließlich ökonomischen Regularien unterliegen und die je nach individuellem Interesse und Finanzkraft genutzt werden können. Um Mißverständnissen vorzubeugen: Es geht demnach nicht darum, daß der öffentlich-rechtliche Rundfunk sämtliche neuen Dienste und Angebote unter dem Deckmantel einer gleichmacherischen Informationswirtschaft - Stichwort *informationeller Sozialismus* - usurpieren möchte. Es geht vielmehr darum, daß sich der öffentlich-rechtliche Rundfunk in der digitalen Ära mit einer zeitgemäßen Wahrnehmung seines Rundfunkauftrages und damit als Rundfunkunternehmen nicht etwa der Vergangenheit, sondern der Gegenwart und Zukunft präsentiert und neu definiert.

b) Der öffentlich-rechtliche Rundfunk als publizistischer Gegenspieler im Fernsehmarkt

Mit dem Marktanteils- oder Mediennutzungsmodell wird aber zugleich auch die *Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Vielfaltsgarant* auf neue Weise akzentuiert:

Droht die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht und damit die Gefahr von weiterer Medienkonzentration im Privatfunk, so kann das dadurch bedingte Pluralismusdefizit im rundfunkpolitischen Gesamtsystem nur durch einen *starken öffentlich-rechtlichen und dabei binnenpluralistischen Rundfunk* ausgeglichen werden. Gerade die Wirkungsmechanismen des Marktanteils- oder Mediennutzungsmodells weisen dem öffentlichen Rundfunk die neue Funktion als *publizistischer Gegenspieler zum kommerziellen Rundfunk* zu. Berechnungsgrundlage für den Marktanteil kann zwangsläufig nur der elektronische Medienmarkt insgesamt sein, d.h. unter Einfluß der Marktanteile des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die bislang diskutierten großzügigen Obergrenzen für tolerable Marktanteile liegen aber in einer Größenordnung, die allenfalls dann hinnehmbar ist, wenn auch die Wettbewerber über eine relevante Marktmacht verfügen. Nur durch wettbewerbsfähige

worden; ihm wird darüber hinaus auch in dem oben im Text genannten Zusammenhang aktuelle Bedeutung zukommen.

Mitspieler kann das Ziel medienrechtlicher Konzentrationsregulierung, nämlich das Entstehen vorherrschender Meinungsmacht zu verhindern, überhaupt erreicht werden. Dieser Platz eines gewichtigen Gegenspielers ist speziell auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zugeschnitten. Aufgrund seiner binnenstrukturellen Vielfaltssicherung bietet gerade er die Gewähr dafür, daß die mit der modell-spezifischen Konzentration verbundenen Pluralismusdefizite im Gesamtsystem abgefangen werden. Dieser Gedanke steht schließlich im Einklang mit der neueren Rechtsprechung des BVerfG, wonach das duale System des Rundfunks davon abhängt, daß der öffentlich-rechtliche Rundfunk konkurrenzfähig bleiben muß und im Wettbewerb mit privaten Veranstaltern bestehen kann¹⁶.

¹⁶ BVerfG NJW 1994, S. 1942, 1944 sowie die oben in Fn. 14 genannten weiteren Entscheidungen.